

1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG

Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG

Professor da PUC/MG

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

RESUMO: Visando adequar a atuação do Ministério Público como *custos legis* nos processos de separação e divórcio (consensual e litigioso) ao moderno conceito de família e à sua tendência atual de racionalização dos trabalhos na área cível, o presente artigo tem como objetivo avaliar se ainda é necessária a referida intervenção do *Parquet* em processos desta natureza.

PALAVRAS-CHAVE: *custos legis*; divórcio consensual; divórcio litigioso.

ABSTRACT: Aiming at adapting the role of prosecutor as *custos legis* in the processes of separation and divorce (consensual and litigious) to the modern concept of the family and its current trend of rationalization of the work in the civil area, this article aims to assess whether it is still necessary for the *Parquet* to intervene in such proceedings.

KEY WORDS: *custos legis*; consensual divorce; litigious divorce.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo. 3. O contemporâneo movimento legislativo consagrador do direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo. 4. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio. 5. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio atende aos reclamos de racionalização dos trabalhos na área cível. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho, fruto da tese “A racionalização da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio”, aprovada por ampla

maioria no XVII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador/BA, nos dias 26 a 29 de setembro de 2007, parte da idéia inicial de que, em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros.

Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende como tese principal deste trabalho a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a esses feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (que passam a ter um *direito potestativo extintivo* do matrimônio).

Tal posicionamento vai ao encontro da atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, privilegiando-se, portanto, a atuação dos órgãos de execução na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais relevantes à coletividade, o que se coaduna perfeitamente com o verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna.

Como proposição, pretende-se sugerir que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e as Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país incluam a matéria ora apreciada nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível, a título de recomendação não vinculativa.

2. O direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, em que a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (“o que Deus uniu o homem não pode separar”) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o principal requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: *o afeto*.

Nessa esteira, o brilhante Professor Cristiano Chaves de Farias enfatiza que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar “[...] eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é *locus* privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano” (FARIAS, 2002).

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro *LAR*, Lugar de Afeto e Respeito (DIAS; PEREIRA, 2001, p. 11).

Nesse contexto, o casamento passa a ter nova roupagem. Muito longe de ser o único meio de legitimar a formação da família, tal instituto deixa de ter importância tão-somente pelo vínculo em si para ser encarado como o melhor instrumento encontrado pelos nubentes (na visão deles) para compartilharem o desejo de alcançar a felicidade. Em outras palavras, nos dias de hoje, o casamento passa a ser visto como um dos meios (nunca o único) de promoção da dignidade da pessoa humana.

Por conta disso, a entidade familiar ora em comento somente deve ter vigência enquanto cumprir a função acima referida. No momento em que esta se encerra, devem os consortes ter *pleno direito* de dissolver a sociedade conjugal (no caso da separação) ou o vínculo matrimonial (no caso do divórcio), *sem limitação de qualquer ordem*.

Avançando na discussão do tema, temos que, assim como o direito à conjugalidade integra o conjunto dos direitos da personalidade, o direito à dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial também deve integrá-lo. Afinal de contas, se a “comunhão plena de vida” estabelecida pelo casamento (art. 1.511 do Código

Civil de 2002) acabou, que sentido há em se criar óbices à decretação do fim da sociedade conjugal e/ou do vínculo matrimonial? Em outra perspectiva, é crível que o ordenamento jurídico imponha restrições ao direito de extinção do ente familiar advindo do casamento, obrigando inclusive os consortes a continuarem convivendo, se já não persiste mais entre eles o *affectio familiae*? A esse respeito, recorremos novamente ao genial Professor Farias (2004, p. 115, grifo nosso), segundo o qual o direito de não manter o núcleo familiar é um:

[...] *direito potestativo extintivo*, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade.

Adotando essa concepção de direito de não manter o núcleo familiar como *direito potestativo extintivo*, abalizada doutrina civilista vem modernamente sustentando a necessidade de se pôr fim a todo e qualquer elemento legislativo que sirva como empecilho à liberdade de se separar ou se divorciar. Nesse sentido, algumas vitórias já foram obtidas, a exemplo da recente promulgação da Lei nº 11.441/2007, que facilitou sobremaneira a vida dos cônjuges ao permitir que a separação e o divórcio consensuais fossem obtidos por meio de um simples procedimento administrativo (extrajudicial). Outras vitórias já se aproximam, tendo em vista que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em última análise, é corroborar a tendência aqui apresentada.

Considerando que tanto a novel legislação supramencionada como as propostas de alteração legislativa anteriormente referidas (acaso aprovadas, o que certamente ocorrerá) influem significativamente na atuação do Ministério Público como *custos legis* em processos desta natureza, dedicamos a seguir um tópico específico para apreciar, de forma muito breve, todas essas novidades.

3. O contemporâneo movimento legislativo consagrador do direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo

Atendendo ao princípio constitucional da facilitação do divórcio (art. 226, § 6º, CF/88), muito recentemente, presenciou-se o advento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que, acrescentando ao Código de Processo Civil o art. 1.124-A, permitiu que o divórcio e também a separação consensuais, desde que não existam filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, estando as

partes devidamente representadas por advogado, possam ser realizados por escritura pública, a qual será, inclusive, gratuita para os declarados pobres em sentido legal.

A novel legislação, sem dúvida alguma, desburocratizando o procedimento de dissolução do casamento por mútuo consentimento, consagra a tendência de tratar o direito à separação e ao divórcio como *direito potestativo extintivo*.

Noutro giro, impende mencionar que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em uma perspectiva de fundo, é confirmar a tendência em debate, senão vejamos.

A título de exemplo e seguindo uma gradação crescente de importância, podemos citar inicialmente o Projeto de Lei nº 507/2007, de autoria do Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM –, que propõe a abolição de todas as espécies de separação judicial litigiosa (separação-sanção, separação-falência e separação-remédio, atualmente previstas, respectivamente, no art. 1.572, *caput*, parágrafos 1º, 2º e 3º, do Código Civil). Aqui merece destaque a proposta de eliminação do ordenamento jurídico nacional da tão criticada separação-sanção (baseada na culpa de um dos cônjuges) e dos efeitos dela decorrentes (sanções de perda dos direitos a alimentos e ao uso do nome de casado aplicadas ao culpado pela separação).

Substituindo o princípio da culpa pelo *princípio da ruptura* (ou do *desamor*), partindo da idéia de que ninguém deve ser punido apenas pelo fim do amor, ainda mais quando se leva em conta que a família da modernidade, entendida como comunidade de afeto e entajuda, somente deve persistir enquanto preencher esta sua missão, e considerando ainda que a busca por um culpado pela separação judicial, além de violar o sagrado direito de intimidade do casal, é injusta, pois, na verdade, não há apenas um culpado pelo término da relação, o Projeto atende a um antigo clamor da doutrina civilista, estipulando como única causa de pedir da ação de separação judicial o término da comunhão de vida.

O Projeto *sub oculis*, com idêntico escopo, ainda exclui a necessidade de decurso do lapso temporal de um ano de casamento, atualmente previsto no *caput* do art. 1.574 do Código Civil, para a formulação do pedido de separação consensual.

Mais revolucionário do que este Projeto de Lei é a Proposta de Emenda à Constituição – PEC – nº 33/2007, também de autoria do Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) e igualmente sugerida pelo IBDFAM, que visa alterar o art. 226, § 6º, do Texto Maior, para eliminar do ordenamento jurídico pátrio de uma vez o instituto da separação judicial (em qualquer modalidade, consensual ou litigiosa).

A separação judicial (antigo desquite) está ligada historicamente ao embate travado no Congresso Nacional entre divorcistas e antidivorcistas à época da discussão da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio): muito embora estes últimos tenham sido derrotados em tal embate (afinal, o divórcio passou a ser permitido no país), continuaram exercendo fortes pressões para extirpar do ordenamento jurídico um instituto considerado (por eles) pernicioso à formação da família (entenda-se: família matrimonializada), a qual deveria ser sempre e em qualquer hipótese preservada; para aliviar estas pressões, aqueles (os divorcistas) acabaram aceitando a manutenção no ordenamento do instituto da separação como meio de frear e desestimular as partes a procurarem o divórcio.

Passado o calor desta discussão¹ e diante do reconhecimento constitucional de novas entidades familiares, verifica-se que a manutenção da separação judicial, no ordenamento brasileiro, perdeu completamente sua razão de ser. Clama-se então por uma imediata reforma legislativa para que este instituto seja definitivamente extirpado do cenário jurídico nacional.

Aliás, impende mencionar que, estatisticamente, os casais acabam optando pelo uso da via menos traumática do divórcio (direto) pelo fato de este se preocupar apenas com a causa objetiva da separação de fato do casal, deixando de lado a apuração do odioso (e completamente subjetivo) elemento culpa pelo término do relacionamento conjugal.

Acrescente-se ainda que o estabelecimento de dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) para que se atinja o fim do vínculo matrimonial provoca no casal oneração financeira desnecessária, isso sem falar do aumento do desgaste psíquico peculiar de processos desta natureza.

Como se vê, o direito material regulador da dissolução do casamento caminha a passos largos no sentido de garantir aos cônjuges, no exercício de sua autonomia privada, a livre escolha em manter ou extinguir a família por eles formada². Na outra face desta mesma moeda, o Estado, cada vez mais, deixa de ter interesse na manutenção a qualquer custo do casamento, motivo pelo qual vem sendo reduzida a (indevida) ingerência estatal nesta seara, em respeito ao *direito potestativo extintivo* por diversas vezes aqui aludido, até porque, nos termos do art. 226, § 7º, da *Lex Fundamentalis*, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

¹ A discussão encontra-se superada no plano jurídico. Contudo, setores conservadores da sociedade mundial, em pleno século XXI, ainda relutam em admitir o instituto do divórcio. Nesse sentido, registre-se que o Papa Bento XVI, em sua *Sacramentum Caritatis*, divulgada no início do ano 2007, afirmou categoricamente que o divórcio é “a praga do ambiente social contemporâneo”.

² Noticie-se que a PEC nº 33/2007 foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 2 de agosto de 2007.

Neste cenário, a atuação do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio não pode nem deve ficar engessada na contramão da história, exigindo-se uma adaptação frente aos novos tempos, o que passa a ser apreciado a seguir.

4. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio

Quanto ao procedimento administrativo da separação e do divórcio consensuais, naturalmente, por não se tratar de procedimento judicial, nele não deve ocorrer a intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

Por questões de coerência, utilizando-se das palavras do preclaro Professor Farias (2007, p. 57), é possível afirmar que “[...] se não há interesse público que justifique a atuação do Promotor de Justiça nos acordos consensuais de separação ou divórcio em cartório, também não pode existir interesse na dissolução matrimonial em juízo, quando se trate de procedimento consensual”. Não haveria nenhum motivo lógico para tratar situações absolutamente idênticas de forma desigual.

Aliás, esse posicionamento já encontra guarida nas recentes manifestações dos mais diversos órgãos ministeriais do país a respeito da racionalização da atuação do *Parquet* no processo civil. A título de ilustração, registre-se que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, publicou a chamada Carta de Ipojuca (PE), na qual consta a recomendação, sem caráter vinculativo, de que é desnecessária a atuação ministerial na “separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes” (letra A, número 4, item I).

O Ministério Público da Bahia, por sua vez, pelo Ato Normativo nº 15/2006, publicado em 20 de dezembro de 2006, de lavra da Procuradoria-Geral de Justiça, consagrou entendimento ainda mais amplo, segundo o qual “[...] a intervenção do Ministério Público, quando atuar como *custos iuris* e *inexistindo interesse de incapaz*, poderá ser considerada nas seguintes hipóteses: I – em processos atinentes a Direito de Família e Sucessões, *quanto a questões econômicas e demais direitos disponíveis [...]*” (grifo nosso).

Corroboramos *in totum* com o teor do Ato Normativo do *Parquet* baiano. Na verdade, a atuação ministerial no processo civil deve ser sempre dispensada quando o interesse público não estiver em jogo. Ora, como já afirmado alhures, não se verifica hodiernamente interesse público na manutenção do casamento se os cônjuges assim não desejam. Por isso, meras questões patrimoniais, a exemplo da partilha de bens,

não têm o condão de provocar a presença do Ministério Público nos processos de separação e divórcio judiciais consensuais. Desse modo, a única hipótese de intervenção ministerial como fiscal da lei em processos deste *jaez* é a existência de interesse de incapaz, em respeito ao disposto no art. 82, I, do Código de Processo Civil.

Ousamos ir um pouco além. *A nosso ver, a existência de interesse de incapaz deve ser a única hipótese a ensejar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer ação de separação ou divórcio, seja ela consensual ou litigiosa.* Como justificativa desta tese, é forçoso reprisar o que já afirmado: se não há mais interesse público na manutenção do matrimônio quando os consortes assim não querem, estando, portanto, a decisão de dissolver ou não a família por eles formada única e exclusivamente nas mãos do casal (*direito potestativo extintivo*), no exercício de sua autonomia privada, razão inexistente para que o *Parquet* continue atuando em ações desta espécie, salvo no caso de incidência de interesse de incapaz.

A tese aqui esposada não propõe nenhuma revolução no ordenamento jurídico nacional, sequer deve ser encarada como novidade, mas sim como simples adaptação das atribuições ministeriais ao conceito moderno de família e ao regramento da dissolução do casamento dele decorrente.

Nesse trilhar, convém trazer à baila o Ato Normativo 313/2003, de lavra da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, que, no seu art. 3º, I, consagra integralmente o entendimento aqui defendido ao estatuir que “Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, fica facultada a intervenção ministerial nas seguintes hipóteses: I - Separação judicial e divórcio, onde não houver interesse de incapazes”.

No mesmo sentido, é deveras pertinente o advento da recente Recomendação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de nº 03/2007 (publicada em 12/11/2007), que recomenda, sem caráter normativo, “[...] aos Membros do Ministério Público que oficiam no âmbito cível para não mais intervir nos seguintes feitos: I - separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes”.

De outro lado, o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei nº 2.285/2007 apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro à Câmara dos Deputados, por sugestão do IBDFAM, no dia 25 de outubro de 2007, não deixa qualquer dúvida sobre esse posicionamento ao determinar, no seu art. 130, que “[...] o Ministério Público deve intervir nos processos judiciais em que houver interesses de crianças, adolescentes e incapazes”.

Ademais, insta salientar que, em existindo interesse de incapaz, a atuação do Promotor de Justiça deve cingir-se apenas e tão-somente a tal interesse, não se manifestando, portanto, quanto ao próprio decreto de separação ou divórcio, bem como quanto aos efeitos decorrentes da dissolução do matrimônio. Nessa linha de inteligência, entende-se necessário o pronunciamento do órgão ministerial de execução, por exemplo, em matérias como guarda judicial dos filhos menores ou alimentos a eles devidos, mas considera-se desnecessária a participação do Promotor no debate de questões como decurso do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto, partilha de bens (e demais questões econômicas, repetindo as palavras do Ato Normativo do Ministério Público baiano), uso do nome de casado etc.

Por outro lado, impende registrar também que o posicionamento ora sustentado não provoca violação ao quanto previsto no art. 82, II, do Código de Processo Civil, segundo o qual compete ao Ministério Público intervir nas causas concernentes ao estado da pessoa (dentre outras). Como é cediço, a doutrina processual contemporânea vem lecionando que todas as hipóteses de atuação do Ministério Público como fiscal da lei previstas no art. 82 do CPC³ devem ser conciliadas com as funções atribuídas a este órgão pelos artigos 127, *caput* (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”), e 129 da Constituição Federal, o que somente pode ser auferido no caso concreto e não aprioristicamente.

Nunca é demais lembrar que, no processo de mandado de segurança, há situação bastante semelhante à presente, pois, embora também exista previsão legal expressamente exigindo a participação do Ministério Público em tal feito (art. 10 da Lei nº 1.533/51), vem prevalecendo o entendimento de que é obrigatória apenas a intimação do órgão de execução, pois a atuação ministerial somente ocorrerá se presente uma das hipóteses definidas no art. 82 do CPC e/ou no art. 127, *caput*, da *Lex Legum*, ou seja, desde que esteja configurada nos autos a incidência do interesse público (evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte – art. 82, III, *in fine*, CPC), o qual não se confunde com o interesse do ente estatal (aquele é tido como interesse público primário, este é considerado interesse público secundário, na clássica distinção perpetrada pela doutrina processual italiana). A esse respeito, vale a pena colacionar o seguinte julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE PÚBLICO.

³ O raciocínio também é válido para os processos de jurisdição voluntária, a exemplo da separação e do divórcio judiciais consensuais: não obstante o teor do art. 1.105 do CPC, que obriga a participação do Ministério Público em todos os processos desta natureza, vem-se entendendo que o *Parquet* somente deve intervir em tais feitos quando estiver presente uma das hipóteses estampadas pelo art. 82 do CPC e/ou art. 127, *caput*, da Carta Magna.

1. Não é obrigatória a intervenção do Ministério Público no agravo de instrumento contra decisão que indefere ou concede liminar em mandado de segurança.
2. O interesse público, a que alude o art. 82, III, do CPC, não se confunde com o interesse da Fazenda Pública.
3. Recurso especial improvido. (STJ. REsp 686377/RS. Rel. Min. Castro Meira, j. 20.06.06).

Esclareça-se ainda que, com o fito de se evitar a ocorrência de nulidade processual por ofensa ao disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, sustenta-se que persiste a necessidade de intimação do Ministério Público em todos os processos de separação e divórcio, afinal de contas, nas palavras do insigne Professor baiano Didier Junior (2006, p. 236), “[...] o que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; ‘se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há’”. De fato, somente após ser intimado (nunca antes, por óbvio) é que o Promotor de Justiça terá acesso aos autos e assim poderá analisar se está presente ou não o interesse público justificador da sua intervenção. Não sendo hipótese de sua intervenção (*in casu*, não existindo interesse de incapaz), deverá o Promotor externar os seus fundamentos, por exigência do art. 43, III, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Seguindo esse trilhar, a Carta de Ipojuca, na letra A, número 1, é de clareza solar ao estatuir que “Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos”. Ainda mais preciso é o Ato Normativo nº 15/2006 do *Parquet* baiano, que assevera o seguinte:

Art. 8º - A racionalização não implica renúncia ao direito de receber os autos com vista, nas hipóteses em que a lei prevê a participação do Ministério Público, devendo o representante ministerial, no caso concreto, avaliar a presença, ou não, do interesse público justificador da intervenção, fundamentando, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, o seu entendimento.

Idêntico raciocínio é estampado no Ato Normativo nº 313/2003 do Ministério Público paulista, que, nos artigos 1º e 4º, dispõe:

Art. 1º - Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

Art. 4º - O exame mencionado no artigo 1º deverá ser renovado em toda vista dos autos, podendo também ser realizado a qualquer momento.

5. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio atende aos reclamos de racionalização dos trabalhos na área cível

Adotar o posicionamento defendido na presente tese significa atender aos reclamos de Promotores de Justiça de todo o país de racionalização dos trabalhos do Ministério Público. Completamente assoberbados nas Comarcas onde atuam em virtude das inúmeras atribuições conferidas pela Constituição Federal, os Promotores, que gozam de enorme credibilidade perante os jurisdicionados e, por isso mesmo, são constantemente cobrados e fiscalizados pela sociedade, acabam sendo obrigados a realizar uma seleção das Curadorias mais relevantes àquela localidade e atuar apenas nelas, deixando de lado Curadorias outras. Acrescente-se a este cenário o fato de que os Promotores ainda têm um volumoso número de processos judiciais (dos mais diversos) aguardando manifestação nas prateleiras das Promotorias de Justiça e chegue-se à conclusão de que a atuação do Ministério Público apenas e tão-somente nas searas mais caras à sociedade não é uma alternativa simplesmente cômoda, mas sim um necessário caminho de sobrevivência para a Instituição. Trata-se, inclusive, de ajuste da atuação do Ministério Público ao perfil traçado pela Carta Magna Federal nos artigos 127, *caput*, e 129. Em uma perspectiva hodierna, deve a Instituição priorizar a atuação em prol dos valores mais relevantes da sociedade, deslocando para um plano secundário interesses de menor repercussão. Nessa esteira, sábias são as palavras do Professor Oliveira (2007, p. 83), segundo o qual: “Em suma, lembrado que o Ministério Público tem sua atuação pautada pela defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, resta imprópria sua investidura para tarefas de outra ordem [...]”.

Na área cível, pode-se afirmar que a racionalização implica deixar a cargo dos particulares o trato de questões que apenas a eles dizem respeito. Há determinadas matérias em que não se verifica a existência de interesse público (a exemplo da habilitação de casamento, quando esta não envolver incapaz ou quando não houver oposição de impedimento ou arguição de causa suspensiva, justificação de fato necessário à habilitação ou pedido de dispensa de proclamas, nos termos do art. 3º do Ato Normativo nº 015/2006 do Ministério Público baiano; ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes, conforme item II da Recomendação nº 03/2007 do Ministério Público mineiro), motivo pelo qual os cidadãos, no exercício da sua autonomia privada, devem livremente discipliná-las, o que implica a desnecessidade de atuação do *Parquet* em processos envolvendo tais matérias.

A esse respeito, acrescentando o exemplo do pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido (Lei nº 6.858/80), veja-se o ensinamento de Farias (2007, p. 14):

De igual sorte, vislumbro uma magnífica oportunidade para um debate aprofundado também sobre a intervenção do Ministério Público na área cível, afastando o *Parquet* de uma série de atos típicos da vida privada, v.g., a habilitação para o casamento e a atuação como *custos legis* em ações tipicamente decorrentes da autonomia privada do titular (que podem ser lembradas com o reconhecimento e dissolução de uniões estáveis, sem interesses menoristas, e o conhecido pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido, conforme disciplina da Lei nº 6.858/80). Seguramente, não é esse o papel conferido pelo constituinte ao Promotor de Justiça. Intérprete dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais significativos para a coletividade, não pode o Ministério Público atuar na esfera personalíssima de interesses do titular, até porque nada poderá fazer para impedir o exercício de direitos. O que faria, por exemplo, para obstar uma separação consensual? Pleitearia um mandado de obrigação de fazer para ambos, atentando contra a dignidade de cada um?

Guimarães Júnior (1999, p. 158) tem idêntico posicionamento, senão vejamos:

[...] Se o *Parquet* recebeu da Constituição um papel relevante, sua atuação, na prática, deve ser condizente com tal relevância. Aqui vem um argumento de ordem prática: a redução quantitativa da intervenção processual ensejará maior disponibilidade de tempo ao Promotor para que se dedique aos direitos difusos e coletivos da comarca em que atue, inclusive através de mecanismos extrajudiciais. Tudo, vale lembrar, em favor da maior efetividade de atuação ministerial como um todo.

À guisa de arremate, por tudo quanto exposto na presente tese, considera-se que as pretensões de separação e divórcio, em qualquer modalidade, também devem ser reguladas pela autonomia privada dos consortes (exceto quando envolver interesse de incapaz), dispensando, portanto, a intervenção do Ministério Público como *custos legis*. Por conta disso, será alcançado o objetivo da racionalização, o que fomentará a atuação do *Parquet* na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais caros à coletividade, atuação esta que é sua verdadeira vocação constitucional. O professor Farias (2007, p. 15, grifo nosso) apresenta perfeita síntese desse entendimento final, nestes termos:

Isso significa, no plano concreto aqui analisado, que o Ministério Público deve concentrar os seus esforços na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, afastando-se, definitivamente, de toda e qualquer atuação – processual ou extraprocessual – que não se conforme com a sua feição (constitucional) de instituição vocacionada à defesa de interesses metaindividuais. *Vejo, inclusive, com tranquilidade, a possibilidade de asseverar que – mesmo havendo disposição infraconstitucional prevendo a atuação ministerial em determinadas hipóteses (atinentes a interesses privados, estranhos às latitudes do art. 127 da CF/88) – não deverá o Ministério Público, lastreado no respeito às disposições constitucionais, atuar, em razão da interferência indevida no campo das relações particulares, atentando, não raro, contra garantias individuais.* É o caso da habilitação para o casamento, das dissoluções consensuais de união estável, dos alvarás judiciais... O desafio está posto. E, como propõe RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, uma coisa é bem certa: o Direito não mais pode fechar os olhos à realidade que insiste, sempre, em surgir. Compreender isso é fazer cumprir o Direito mais autêntico, é dar-lhe vida e colocá-lo na vida.

6. Considerações finais

Em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (*direito potestativo extintivo*), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo.

Tal posicionamento vai ao encontro da atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, a exemplo do baiano, do paulista e do mineiro. Em sendo ela adotada, haverá benefícios práticos relevantes aos Promotores de Justiça, que terão mais tempo para atuar em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de maior relevância à coletividade, adequando-se esta atuação ao verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna.

A tese não é revolucionária, apenas busca ajustar a atuação do *Parquet* ao seu papel constitucional e à evolução do Direito de Família. Por conta disso, conclui-se este estudo sugerindo ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país que façam incluir nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível a recomendação não vinculativa de que *é desnecessária a intervenção do Ministério Público como custos legis nas ações de separação e divórcio, em qualquer modalidade (consensuais ou litigiosos), exceto quando estiver em jogo interesse de incapaz, devendo cingir-se a sua atuação, nesta última hipótese, apenas a tal interesse, sendo obrigatória, entretanto, em todas as hipóteses, a intimação do órgão ministerial de execução, o qual, no caso concreto, avaliará a presença ou não da hipótese justificadora da sua intervenção, e, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, fundamentará o seu entendimento.*

7. Referências bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *JusNavigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 8 nov. 2006.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA; Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida. *Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2003.

_____. A proclamação da liberdade de permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 18, jun./jul. 2003, p. 49-82.

_____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº 11.441/07: comentários e análise da Lei nº 11.441/07*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ministério Público: instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *JusNavigandi* Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=2552>>. Acesso em: 27 out. 2006.

MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Euclides de. Ministério Público na Interdição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 00, Porto Alegre, p. 74-83, out/nov. 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.